

# VU Research Portal

## Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen

Akkermans, A.J.

### ***published in***

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht  
2011

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Akkermans, A. J. (2011). Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 28(4), 510-515. [72].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen<sup>2</sup>

72

Het denken in het burgerlijk recht over de herkomst van rechtsnormen zit gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak. De rol van de rechtspraak daarin was al problematisch, maar vanwege de realiteit van 'maatschappelijke regulering' door tal van maatschappelijke actoren, is het tijd voor een nieuw paradigma waarin die pluraliteit van normenvormers tot uitdrukking komt. Dat voor juridische binding een oordeel van wetgever of rechter nodig is, is wel typerend voor veel maatschappelijke regulering, maar maakt niet dat het verhelderend zou zijn om die wetgever of rechter dan ook maar voor te stellen als de bron daarvan. En waarschijnlijk is het sowieso beter om die juridische binding niet voor te blijven stellen als indirect maar als een eigenschap die maatschappelijke regulering reeds uit zichzelf in uiteenlopende gradaties kan hebben. In deze bijdrage wordt 'de grote juridische smeltkroes' voorgesteld als beter beeld van de herkomst van rechtsnormen. Een nieuw paradigma is van belang voor onderzoek, praktijk en onderwijs.

## 1. Inleiding

De uitnodiging om een bijdrage te leveren aan de reeks 'Beter Burgerlijk Recht' was voor mij aanleiding om te reflecteren op de vraag welk mij bekend probleem van burgerlijk recht ik het meest de moeite waard vind om hier aan de orde te stellen. In deze reeks zijn tal van interessante oplossingen voorgesteld voor problemen op allerlei terreinen van het burgerlijk recht. Ik heb overwogen om er daar een of twee vanuit mijn persoonlijke interesses aan toe te voegen. Maar kijkend met een meer algemene blik naar de staat van ons burgerlijk recht, kwam ik uit bij een onderwerp van een hoger abstractieniveau dan waarover ikzelf gewend ben te schrijven. Het is een onderwerp waar ik al langer een gevoel van ongemak over heb. Dat is dat bepaalde fundamentele voorstellingen waarmee wij als juristen zijn grootgebracht, dringend aan herziening toe zijn. Ik beperk mij in deze bijdrage tot ons paradigma van de wijze waarop

rechtsnormen tot stand komen. Dat paradigma is aan verandering toe. Er is naar mijn idee iets soortgelijks aan de hand met ons paradigma van conflicten en conflictoplossing, maar daarop hoop ik bij een andere gelegenheid terug te komen.

## 2. De theorie loopt achter op de praktijk

Vranken heeft in zijn vervolg van het algemeen deel van de Asser serie de remmende werking van het denkraam van juristen aan de orde gesteld: ingesloten patronen, die niet zijn getoetst aan de veranderde situatie, maar wel de discussie daarover sturen en in feite beperken.<sup>3</sup> Waar ik aandacht voor wil vragen heeft daarmee te maken. Het is zeker niet zo dat de hierna te resumeren veranderingen in de praktijk van de totstandkoming van rechtsnormen geen aanleiding zijn geweest voor analyse en theorievorming. Integendeel, er zijn tal van veelbelovende aanzetten om ook op theoretisch niveau aan die ontwikkelingen recht te doen.<sup>4</sup> Mijn punt is dat het binnen de juridische discipline heersende beeld van de wijze waarop rechtsnormen tot stand komen, niettemin achterloopt op de praktijk. Er wordt volop getimmerd en geschaafd aan begrip en duiding van hetgeen in de praktijk op dit gebied plaatsvindt. Maar het niveau waar mijn ongemak zit is het 'beeld' dat ten grondslag ligt aan ons begrip, het 'model' waarin wij zijn blijven denken. Op dit niveau is sprake van een achterhaald paradigma. Een beknopte manier om dit te laten zien, is om letterlijk gebruik te maken van beelden. Dat zal ik in deze bijdrage doen.

## 3. Gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak

Vranken heeft uiteengezet hoe ons denken in het burgerlijk recht gevangen zit in het schema wetgeving-rechtspraak.<sup>5</sup> Het traditionele beeld van de totstandkoming van rechtsnormen is dat het de wetgevende macht is die regelgeving tot stand brengt, en dat daarnaast ook de rechter, als bijproduct van het beslissen in individuele gevallen, aan rechtsvorming doet. Het paradigma waarmee wij tot op de dag van vandaag de opleiding van rechtenstudenten aanvangen, ziet er uit als volgt:

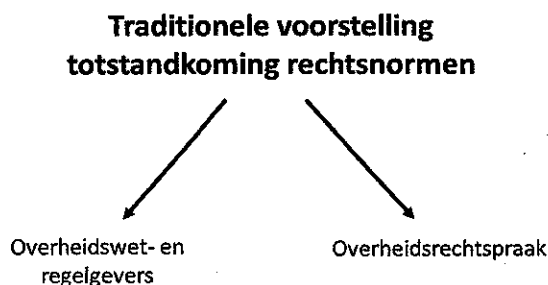
<sup>1</sup> Arno Akkermans is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum.

<sup>2</sup> Deze bijdrage betreffende beter burgerlijk recht is ter viering van het vijftiengjarige jubileum van de Vereniging voor Burgerlijk Recht geschreven op uitnodiging van de redactiecommissie Beter Burgerlijk Recht bestaande uit Anne Keirse, Siewert Lindenbergh, Marco Loos en Albert Verheij. Zie voor meer informatie NTBR 2011/4, p. 24, en [www.verenigingvoorbürgerlijkrecht.nl](http://www.verenigingvoorbürgerlijkrecht.nl). Met dank aan (in alfabetische volgorde) Dineke de Groot, Chris Jansen, Marco Loos, Frank van Ommen en Jan Vranken voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

<sup>3</sup> Asser-Vranken, Vervolg. De kwestie wordt geïntroduceerd in de Inleiding en vormt de rode draad van het boek.

<sup>4</sup> Een poging om een overzicht van de relevante literatuur te geven zou de beperkte pretentie van deze bijdrage voorbijschieten. De in deze bijdrage aangehaalde literatuur omvat maar een klein gedeelte. Vanuit het Nederlandse privaatrecht hebben met name Giesen en Vranken over dit onderwerp geschreven. Zie hun in de voetnoten bij deze bijdrage aangehaalde publicaties.

<sup>5</sup> Asser-Vranken, Vervolg, hoofdstuk VI (nrs. 70-94).



Dit paradigma is een geamendeerde versie van het gedachtegoed van de Verlichting en de Franse revolutie. In de klassieke *trias politica* is het alleen de wetgever die aan rechtsvorming doet. Sindsdien<sup>6</sup> heeft men moeten erkennen dat de rechter niet alleen rechtsnormen toepast, maar ook tot stand brengt, en daarmee komen we uit bij bovenstaand schema. De precieze plaats van de rechterlijke rechtsvorming is overigens wel problematisch gebleven.<sup>7</sup> 'Het conceptuele schema van de *trias politica* verhindert echter de erkenning dat de rechter in eigenlijke zin wetgever is geworden', aldus Witteveen.<sup>8</sup> De traditionele positie is om te wijzen op de spanning met de scheiding der machten en de politieke neutraliteit die essentieel is voor de niet gekozen en voor het leven benoemde rechter.<sup>9</sup> Daar staat een meer recente stroming tegenover die de rechterlijke rechtsvorming als gegeven, onmisbaar en wenselijk aanvaardt, en naar methoden zoekt om deze meer voorop te stellen en beter te laten functioneren.<sup>10</sup> Ook het element van de over-

heidsregelgeving is niet onproblematisch gebleven, onder andere vanwege de toegenomen betekenis van supranationale rechtsbronnen zoals de Europese Unie en allerlei verdragen, waarbij uiteenlopende kanttekeningen kunnen worden geplaatst vanuit het perspectief van de democratische legitimatie. Dat het schema wetgeving-rechtspraak ook anderszins niet meer voldoet is een punt dat ik niet meer hoeft te maken.<sup>11</sup> Het aan dat schema ten grondslag liggende idee dat de wetgever kan voldoen aan de maatschappelijke behoefte aan regelgeving is vrij algemeen ten grave gedragen.<sup>12</sup> Wetgeving kan niet meer de klassieke, hiërarchische centrale rol van vroeger vervullen, maar is slechts een van de spelers in een ingewikkeld netwerk van interacties en betrekkingen, zo verwoordt het Vranken,<sup>13</sup> die vervolgens Tjeenk Willink aanhaalt: 'de vraag is niet of de wetgever het probleem dat aan de orde is, kan oplossen, maar welk aandeel hij daarin kan hebben.'<sup>14</sup>

#### 4. De grote juridische smeltkroes

Maar het bovenstaande paradigma als zodanig is nimmer door een update vervangen. Dit traditionele beeld doet nog maar weinig recht aan de werkelijkheid. De realiteit is dat er een grote diversiteit aan rechtsbronnen en rechtsvorming bestaat, die elkaar over en weer aanvullen en beïnvloeden. De maatschappelijke behoefte aan regelgeving, normeringen standaardafspraken is haast grenzeloos; economische bedrijvigheid, voortschrijdende professionalisering en *civil society* maken de reeks daartoe gebruikte instrumenten zoals algemene voorwaarden, beroepscodes, gedragscodes, protocollen, richtlijnen, handreikingen, keurmerken en certificering, welhaast eindeloos;<sup>15</sup> en de intensieve juridische interactie tussen al deze normenvormen maakt het aanmerken daarvan als buiten het publieke domein gelegen 'zelfregulering' of 'private regelgeving' steeds meer betekenisloos.<sup>16</sup> Ook alternatieve geschilbeslechting en tuchtrechtspraak spelen een grote rol. Statelijke rechtsvorming heeft in aanzienlijke mate plaats moeten maken

6 Het is niet eenvoudig om deze erkenning te dateren, maar het heeft lang moeten duren. Giesen en Schelhaas noemen in dit verband het derde kwart van de twintigste eeuw. I. Giesen en H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', AA 2006/3, p. 159-172 (in voetnoot 1). Vranken wijst erop dat het gaan annoteren van uitspraken in Frankrijk rond het midden van de negentiende eeuw reeds uitging van de 'tot voor kort onuitsproken' vooronderstelling dat rechtspraak rechtsvormende betekenis heeft (Asser-Vranken, Vervolg, nr. 141).

7 Zie o.a. de bijdragen in *Ars Aequi* aan de Rode draad 'Raad en Daad: Over rechtsvorming door de Hoge Raad', (AA, jaargangen 2005-2006), met een aftrap van W.D.H. Asser, 'Over rechtsvorming door de Hoge Raad', AA 2005 p. 223 e.v.

8 W.J. Witteveen, 'Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever', in: W.J. Witteveen, I. Giesen & J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 137e jaargang/2007-I, Deventer: Kluwer 2007 (p. 9).

9 Zie onder veel meer Wiarda/Koopmans, Drie typen van rechtsvinding, Deventer: Tjeenk Willink, 1999. De perceptie dat rechterlijke rechtsvorming eigenlijk iets onoorbaars heeft zit diep. Zie bijv. nog heel recent C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (afscheidsrede 27 feb. 2009), Deventer: Kluwer 2009.

10 Zie het rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Versterking van de cassatierechtspraak, Den Haag, feb. 2008, [www.internetconsultatie.nl/versterking\\_cassatierechtspraak/document/145](http://www.internetconsultatie.nl/versterking_cassatierechtspraak/document/145) en de reacties van H.A. Groen, 'Selectie aan de poort', *Trema* 2008, p. 340-347 en J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, p. 860 e.v. De discussie woedt al langer. Zie o.a. J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*, Den Haag: Bju 2003; I. Giesen, 'De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen', *WPNR* 6494, p. 447 e.v. met reacties en naschriften in *WPNR* 6498 en 6507; I. Giesen, *Golvende rechtsontwikkeling*, redactioneel in *AV&S* 2006, p. 1; Giesen en Schelhaas, a.w. (noot 6).

11 De literatuur is overvloedig. Zie bijv. de preadviezen van W.J. Witteveen, I. Giesen & J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 137e jaargang/2007-I, Deventer: Kluwer 2007; en voor de bespreking daarvan Verslag van de op 8 juni 2007 te Haarlem gehouden algemene vergadering over Alternatieve regelgeving, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 137e jaargang/2007-II, Deventer: Kluwer 2007.

12 Zie bijv. Asser-Vranken, Vervolg, nr. 92 en de vele verwijzingen aldaar.

13 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 92

14 H. TjeenkWillink, geciteerd in het rapport van de Raad voor Maatschappelijke ontwikkeling, *Bevrijdende kaders*, 2003, p. 29.

15 Vgl. Giesen, die zich niet waagt aan een overzicht maar een lange reeks voorbeelden geeft. I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: W.J. Witteveen, I. Giesen & J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 137e jaargang/2007-I, Deventer: Kluwer 2007 (p. 78 e.v.). Voor een uitvoeriger versie van dit preadvies zie I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, (Monografieën Privaatrecht deel 8), Deventer: Kluwer 2007. Een overzicht van 22 categorieën 'zelfreguleringsinstrumenten' geven B. Baarsma e.a., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam: SEO 2003.

16 Dit omdat op grote schaal ook derden worden gebonden, zij het indirect, of waarschijnlijk beter: met uiteenlopende gradaties van verbinding.

voor maatschappelijke rechtsvorming.<sup>17</sup> Dit speelt ook op Europees en transnationaal niveau.<sup>18</sup> De werkelijkheid van een grote diversiteit aan normenvormers en de complexe interactie daartussen vraagt om een fundamenteel ander paradigma van de herkomst van rechtsnormen. Mijn voorstel zou zijn dat van een grote juridische smeltkroes:<sup>19</sup>



Vranken heeft de verwachting uitgesproken dat private regelgeving in de nabije toekomst een zodanige omvang en betekenis zal krijgen, dat algemene criteria kunnen worden geformuleerd voor het bepalen van haar juridische bindende kracht.<sup>20</sup> De manieren waarop alternatieve regelgeving<sup>21</sup> bindende kracht kan krijgen, zijn in kaart gebracht door Giesen.<sup>22</sup> Een klassieke manier is via open normen zoals de verkeersopvattingen, de 'professionele standaard' van beroepsgroepen,<sup>23</sup> de redelijkheid en billijkheid, en de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.<sup>24</sup> Andere klassieke vormen zijn de toepasselijkheid van algemene voorwaarden<sup>25</sup> en de algemeen verbindend verklaring van cao's.<sup>26</sup> Maar inmiddels wemelt het ook van de tussenvormen waarbij door private partijen opgestelde regelingen van een wettelijke basis worden voorzien,<sup>27</sup> daaraan door de rechter algemene werking wordt toegekend,<sup>28</sup> of wettelijke regelingen op door de betreffende wet voorziene wijze worden uitgewerkt door nadere regelgeving van private partijen ('alternatieve regulering'<sup>29</sup>)<sup>30</sup>. Publiek- en privaatrecht vloeien in elkaar.

## 5. Een voorbeeld uit vele: art. 25 Wbp

Van het hier bedoelde fenomeen zijn tal van voorbeelden te vinden in de literatuur.<sup>31</sup> Maar om er hier toch nog een te geven: art. 25 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) regelt de totstandkoming van door private organisaties op te stellen Gedragscodes waarin de bepalingen van de Wbp voor een bepaalde sector worden uitgewerkt.<sup>32</sup> Het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) kan een verklaring geven dat de in een Gedragscode opgenomen regels een juiste uitwerking vormen van de Wbp of van andere wette-

17 Zie H. Gribnau (red.), *Maatschappelijke rechtsvorming*, Den Haag: Bju, 2005.

18 Zieo.a. F. Cafaggi, C. Scott & L. Senden (eds.), *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, Wiley-Blackwell, 2011; P. Zumbansen & G. Callies, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2010; de themanummers van het *German Law Journal* ([www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com)) 'Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers', *GLJ* 2011/5, 'The Exercise of Public Authority by International Organizations', *GLJ* 2008/11, 'Law and Evolutionary Theory', *GLJ* 2008/4 en van het *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005/1 ([www.ejcl.org/91/issue91.html](http://www.ejcl.org/91/issue91.html)) en voorts: L. Senden, *Soft law in European Community Law* (diss. Enschede 2003), Oxford: Hart Publishing 2004; F. Cafaggi, *Reframing Selfregulation in European Private Law*, Kluwer Law International, 2006; M. Torrance, 'Persuasive Authority Beyond the State: A Theoretical Analysis of Transnational Corporate Social Responsibility Norms as Legal Reasons Within Positive Legal Systems', *GLJ* 2011/8, p. 1573-1636; L. Moerel, *Binding corporate rules* (diss. Enschede 2011), uitgave in eigen beheer.

19 Zie voor een eerder voorstel tot ordening het schema van Witteveen, a.w. (noot 8) p. 25: Regulering – Alternatieve regulering – Zelfregulering – Non-regulering. Ik kan mij echter niet vinden in deze categorieën, omdat die voor mij te veel in het perspectief van de overheids-wetgever staan. Zo vind ik de benaming van de categorie 'Non-regulering' misleidend, omdat die net zo goed regulering omvat die langs vele indirecte wegen bindende werking kan hebben. De omstandigheid dat de overheid (als beleidsmaker) daar buiten is gebleven, lijkt mij vanuit het perspectief van de burgers weinig relevant. Bovendien, Witteveen geeft dat ook aan (p. 37-38), op enig bepaald gebied kan dat morgen ineens weer anders zijn, doordat de overheid een bepaalde verantwoordelijkheid neemt.

20 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 91.

21 Aanvankelijk wilde ik mij in deze bijdrage conformeren aan de door-dachte terminologie van Giesen, a.w. (noot 15) die spreekt van 'alternatieve regelgeving'. Maar net zoals op een gegeven moment de wens is ontstaan om de uitdrukking 'alternatieve geschilbeslechting' te vervangen voor 'passende geschilbeslechting', lijkt het inmiddels zo ver te zijn dat men in plaats van de term 'alternatieve regelgeving' liever een neutraler begrip ziet zoals 'maatschappelijke regulering'. 'Alternatieve regelgeving' draagt immers nog steeds de connotatie in zich van wetgeving en rechtspraak als de 'echte' (want niet alternatieve) rechtsbronnen. In publiekrechtelijke kringen wordt het zelfs wel aldus voorgesteld dat wetgeving het alternatief is en zelfregulering het uitgangspunt. Vgl. J.P.H. Donner, 'De relativiteit van zelfregulering', in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peeters (red.), *Overheid en zelfregulering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 155.

22 Giesen, a.w. (noot 15) p. 91-109; I. Giesen, 'De omgang met en handhaving van 'meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels': een analyse van de rechtspraak', *WPNR* 2008/6772, p. 785-792.

23 Zie bijv. art. 7:453 BW over de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

24 Giesen vat dit samen met de formulering dat 'binding aan alternatieve regelgeving ingebouwd is in het privaatrechtelijke systeem'. A.w. (noot 15), p. 103.

25 Vranken beschrijft waarom Algemene voorwaarden naar zijn mening zowel in aantal als in kwaliteit het belangrijkste instrument zijn van private regelgeving in het burgerlijk recht. Asser-Vranken, Vervolg, nr. 89.

26 Conform de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV).

27 Bijv. de Nederlandse corporate governance code (de 'code Tabaksblat'), de Code Banken en de Code Verzekeraars.

28 Op grond van de artikelen 1013-1018 Rv (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade) kunnen door private partijen opgestelde overeenkomsten tot vergoeding van gelijksoortige schade algemeen verbindend worden verklaard door het Amsterdamse Gerechtshof.

29 Zie voor een definitie van dit begrip Witteveen, a.w. (noot 8) p. 33.

30 Bijv. in het kader van zorgplichten en doelvoorschriften, al of niet gecombineerd met specifieke vormen van toetsing en toezicht. Zie voor een overzicht F.J. van Ommeren, Hoofdstuk 5. Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven, Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2011 (dit najaar te verschijnen).

31 De NJV preadviezen over Alternatieve regelgeving (a.w. – zie noot 11) zijn een ware *fundgrube*.

32 Zie over deze gedragscodes G. Overkleef-Verburg, *De Wet persoonsregistraties*, (diss. Enschede), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 123 e.v.

lijke bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens (lid 1). Het CBP heeft een handleiding uitgebracht voor de opstelling van een Gedragscode,<sup>33</sup> er is een representativiteitstoets voor de organisaties die de Gedragscode opstellen (lid 3) en de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht is van toepassing (onder andere terinzagelegging en de inzending van zienswijzen door belanghebbenden) (lid 4). De verklaringsprocedure pleegt te leiden tot voorafgaande afstemming tussen CBP en de opstellers van de Gedragscode. Gedragscode en verklaring worden gepubliceerd in de Staatscourant (lid 6) en op de website van het CBP.<sup>34</sup> Formeel heeft een aldus tot stand gekomen Gedragscode uiteraard nog steeds geen (rechtstreekse) bindende kracht, maar het zal duidelijk zijn dat men van goede huize moet komen om bij de rechter onder de bepalingen daarvan uit te komen.<sup>35</sup> Wie dit alles in het traditionele schema wetgeving-rechtspraak weet te passen, mag het zeggen.<sup>36</sup>

## 6. Formele bron van juridische binding ≠ herkomst van de norm

De kwestie waar Vranken op wijst,<sup>37</sup> en waar Giesen hem in volgt,<sup>38</sup> namelijk dat er nog altijd wel de wetgever of de rechter aan te pas komt om juridische<sup>39</sup> binding aan alternatieve regelgeving te realiseren, is volgens mij voor het herzien van ons paradigma van de totstandkoming van rechtsnormen niet wezenlijk. Ook voor wetgeving geldt dat er de rechter voor nodig is om juridische binding te realiseren.<sup>40</sup> Bij de voor het burgerlijk recht<sup>41</sup> vermoedelijk be-

langrijkste vorm van maatschappelijke regulering – algemene voorwaarden<sup>42</sup> – wordt de juridische binding gebaseerd op zelfbinding, en dat is een fictie.<sup>43</sup> Het paradigma dat dringend moet worden herzien is dat van de herkomst en de wijze van totstandkoming van rechtsnormen. Dat voor juridische binding een oordeel van wetgever of rechter nodig is, is uiteraard wel typerend voor veel – maar niet alle – maatschappelijke regulering, maar maakt niet dat het verhelderend zou zijn om die wetgever of rechter dan ook maar voor te stellen als de bron daarvan. En waarschijnlijk is het sowieso beter om die juridische binding niet voor te blijven stellen als indirect, dat wil zeggen, via wetgever of rechter, maar als een eigenschap die maatschappelijke regulering reeds uit zichzelf in uiteenlopende gradaties kan hebben.<sup>44</sup>

## 7. Een paradigma doet er toe

Men kan de vraag stellen wat precies de toegevoegde waarde is van de vervanging van het oude paradigma wetgeving-rechtspraak door een nieuw waarin de pluraliteit van normenvormers tot uitdrukking komt – of men dat laatste dat nu een ‘smeltkroes’<sup>45</sup> zou willen noemen of niet. Is dat soort nieuwlichterij werkelijk nodig? Ik beperk mij hier tot drie punten waar een nieuw paradigma ons verder zou kunnen helpen: (1) het maakt ons denken verder los uit de houdgreep van de *trias* en dat komt het realiteitsgehalte daarvan ten goede; (2) het brengt de noodzaak beter in beeld om meer onderzoek te doen naar maatschappelijke regulering en de maatschappelijke actoren te ondersteunen die zich daarmee bezig houden, en dat komt hopelijk de kwaliteit van die regelgeving ten goede; (3) het zou ons in het onderwijs beter in staat stellen om onze studenten voor te bereiden op hetgeen zij in de praktijk zullen aantreffen en dat komt onze opleidingen ten goede. Ik licht deze drie punten kort toe.

## 8. Uit de houdgreep van de trias

Als wij ons niet verder losmaken van de gedachte dat de betrokkenheid van een gekozen volksvertegenwoordiging, naast zelfbinding, de enige vorm van legitimatie van rechtsnormen is, blijft dat ons belemmeren in begrip en bestudering van andere vormen van legitimatie zoals aan de orde zijn bij maatschappelijke regulering. Vranken heeft al een

33 De brochure Gedragscodes, zie [www.cbweb.nl/Pages/ind\\_wetten\\_zelfr\\_gedr.aspx](http://www.cbweb.nl/Pages/ind_wetten_zelfr_gedr.aspx).

34 [www.cbweb.nl/Pages/ind\\_wetten\\_zelfr\\_gedr.aspx](http://www.cbweb.nl/Pages/ind_wetten_zelfr_gedr.aspx).

35 Zie bijv. HR 29 juni 2007 (HBU/Groendijk, NJ 2007/639), LJN BA3529 m.nt. E.J. Dommering.

36 Afdoen als een modeverschijnsel lijkt mij ook niet vol te houden. Ik zie geen aanleiding voor de veronderstelling dat het systeem van artikel 25 Wbp zal worden gewijzigd ‘wanneer in wetgevingsland weer eens een andere wind gaat waaien’, zoals in algemene zin (d.w.z. niet specifiek voor de Wbp) lijkt te worden gesuggereerd door T. Hartlief, ‘Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen bij het preadvies van prof. mr. I. Giesen’, *NJB* 2007, p. 1109 e.v. Deze suggestie doet ook geen recht aan de omstandigheid dat de meeste vormen van maatschappelijke regulering buiten de invloed van de overheid tot stand komen. Wat in Den Haag al of niet in de mode is, is voor de maatschappelijke werkelijkheid van maatschappelijke regulering grotendeels irrelevant. Dat geldt al helemaal voor het Europese en transnationale niveau.

37 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 93.

38 A.w. (noor 15), p. 104.

39 Terecht wijzen Giesen (a.w. – noot 15 – p. 106) en Van Ommeren (a.w. – noot 30 – par. 6.5.1.) erop dat er ook andere vormen van binding zijn, zoals sociale en economische.

40 En ook daarbij zal de rechter steeds een eigen, inhoudelijke afweging maken, al is het toetsingskader uiteraard veel beperkter. Maar *la bouche de la loi* als zodanig is voltooid verleden tijd. En wat het onderscheid tussen juridische gelding en afdwingbaarheid betreft: ook dat is in hoge mate een theoretische kwestie. Nu de realiteit van maatschappelijke regulering waarschijnlijk maakt dat wij moeten gaan denken in gradaties van juridische binding, zal ook dit onderscheid opnieuw moeten worden doordacht.

41 Zie over algemeen voorwaarden van de overheid als alternatief voor wetgeving F.J. van Ommeren, ‘Algemene voorwaarden als wetgevingsalternatief’, in F.J. van Ommeren e.a., *Overheid en burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 86 e.v.

42 Zie Asser-Vranken, Vervolg, nr. 89.

43 Althans voor zover men die zelfbinding nog steeds zou willen baseren op wilsovereenstemming, zie art. 6:232 BW. Zie voorts F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardcontract: een rechtssociologische studie* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kobra 1984.

44 Dit hangt samen met het onderscheid tussen juridische gelding en afdwingbaarheid, zie voetnoot 40.

45 Volgens Van Dale *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal* is een smeltkroes, in zijn hier bedoelde figuurlijke betekenis, ‘een plaats waar verschillende zaken tot een homogeen geheel worden verenigd’. Maar misschien vinden sommigen deze term een beetje te oneerbiedig. De synoniemenlijst van mijn tekstverwerker bood wat dat betreft geen verlichting (‘allegaartje, amalgaam, brij, mengelmoe, ratatouille, samenraapsel, tuttifrutti!’). Deze terminologische kwestie is niet wezenlijk voor mijn betoog. Ik houd mij aanbevelen voor alternatieven.

mooie aanzet gegeven met een aantal criteria daarvoor,<sup>46</sup> aangevuld door Giesen,<sup>47</sup> zoals draagvlak, representativiteit, organisatiegraad, inspraak van alle betrokkenen, toezicht op het resultaat en juridisch gehalte. Ikzelf zou daar *trial and error*<sup>48</sup> en de grote betekenis van kennis aan toe willen voegen. Het denken over dit alles staat nog in de kinderschoenen. Dat is ongelukkig, want de klassieke *trias* is net zo uit de tijd als de nachtwakersstaat. De grote juridische smeltkroes als nieuw paradigma van de herkomst van rechtsnormen zou een stimulans zijn voor beantwoording van de vele vragen die opkomen wanneer men de oude zekerheden van de *trias* durft los te laten.

## 9. Onderzoek ten behoeve van maatschappelijke regulering

Niet alleen vanwege deze theoretische uitdagingen, maar ook vanwege het grote maatschappelijke belang van maatschappelijke regulering, is het betreurenswaardig dat zij tot dusver slechts incidenteel het onderwerp is geweest van onderzoek en studie, en dat er slechts gefragmenteerd instrumenten zijn ontwikkeld ter ondersteuning van de vele maatschappelijke regelgevers. Het is tijd voor gerichte wetenschappelijke aandacht met een lange adem.<sup>49</sup> Er is stof genoeg voor vele dissertaties.<sup>50</sup> Het gebruik van empirische methoden en technieken om de praktijk beter in kaart te

krijgen ligt daarbij voor de hand.<sup>51</sup> In aansluiting op de Aanwijzingen voor de Regelgeving<sup>52</sup> heeft Giesen gepleit voor de ontwikkeling van Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving.<sup>53</sup> Mij lijkt dat geen luchtkasteel maar een zeer voor de hand liggend initiatief tot borging van de kwaliteit van onze rechtsorde. In een verdere toekomst ligt integratie van het een in het ander in de rede. Daarnaast zou het goed zijn als er naast de Academie voor Wetgeving<sup>54</sup> ook zo iets als een Academie voor Maatschappelijke Regulering zou komen, die zich bezighoudt met het bevorderen van de kwaliteit van maatschappelijke regulering, ook hier met de kanttekening dat integratie een logische volgende stap zou kunnen zijn. Buiten de rechtswetenschap zijn al mooie aanzetten gemaakt. Veel genoemd is de inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten verricht in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, die 22 verschillende instrumenten in kaart brengt.<sup>55</sup> Naast een algemeen theoretisch kader is daarin voor elk instrument een *factsheet* opgesteld met definities en kenmerken, een overzicht van voor- en nadelen uitgesplitst naar partijen en overheid, praktijkvoorbeelden, mogelijkheden voor handhaving, slaag- en faalfactoren, referenties en literatuurverwijzingen. De insteek is echter vooral economisch en het perspectief is beperkt tot dat van het bedrijfsleven. Ook in de non-profitsector zijn wel stappen gezet. Zo is al in 1988 door de Nationale Raad voor de Volksgezondheid<sup>56</sup> een Nota Bouwstenen voor Beroepscode en Gedragsregels uitgebracht, om beroepsorganisaties werkzaam op het gebied van de gezondheidszorg en aangrenzende maatschappelijke dienstverlening een handreiking te bieden voor ontwikkeling van beroepscode en gedragsregels op hun vakgebied. Op grond van een vijftal bestaande beroepscode en gedragsregels uit het veld<sup>57</sup> is in de nota een basiscode geformuleerd. In deze basiscode wordt aangegeven welke aspecten van het beroepsmatig handelen in ieder geval bij het opstellen van een beroepscode aan de orde zouden moeten komen. Maar voor rechtswetenschappelijk onderzoek en kennisoverdracht aan de praktijk is nog heel veel te doen. Het hele veld van maatschappelijke regulering vraagt om meer academische analyse en reflectie. De grote juridische smelt-

46 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 91.

47 A.w. (noot 15), p. 104.

48 Ik heb hier het oog op de legitimatie van maatschappelijke regulering (ook Vranken wijst op *trial and error* in dit verband, zie Asser-Vranken, Vervolg, nr. 83), maar wie *trial and error* breed genoeg opvat, heeft naar mijn mening ook een deel van de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming te pakken.

49 Aftrappen vanuit publiekrechtelijke hoek zijn o.a. L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat; aanzet voor een instrumentenleer*, Den Haag 1983; Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peeters (red.), *Overheid en zelfregulering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993; E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling* (preadvies CJV), Utrecht: Lemma 1999; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 720-730; Van Ommeren, a.w. (zie noot 30), Hoofdstuk 6, *Wetgevingsalternatieven*. Ook in opdracht van het WODC is al een duit in het zakje gedaan met onderzoek naar succes- en faalfactoren van maatschappelijke reguleringsinstrumenten: W.H. van Boom e.a., *Handelspraktijken, reclame en zelfregulering. Pilotstudy Maatschappelijke Reguleringsinstrumenten*, Den Haag: WODC 2009; W.H. van Boom e.a., *Energie-efficiency, afwikkeling van letselschade, algemene voorwaarden bij taxi en kinderopvang* (Vervolgstudie Maatschappelijke Reguleringsinstrumenten), Den Haag: WODC 2011. Zie voorts P.C. Gilhuis e.a., *De effectiviteit van klassieke en alternatieve reguleringsinstrumenten in milieuhandhaving*, Den Haag: WODC, 1999.

50 Er is al het een en ander. Zie bijv. C. Stuurman, *Technische normen en het recht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer, 1995; R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven* (diss. Enschede), Den Haag: Bju 2000; G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften* (diss. Enschede), Den Haag: Bju 2002; Senden, a.w. (zie noot 18); Moerel, a.w. (zie noot 18). Op de UVt werkt voorts M. Menting aan een empirisch onderzoek naar codes of conduct in Nederland en in Europa.

51 Ik denk daarbij niet alleen aan inventariserend onderzoek, maar ook aan onderzoek naar de determinanten van de mate waarin burgers normen als bindend ervaren, niet alleen door observationeel maar ook door experimenteel onderzoek. Dat zou een mooie *evidence base* kunnen verschaffen voor – uiteraard mede op basis van normatieve gezichtspunten te ontwikkelen – juridische concepten voor gradaties van juridische binding.

52 De Aanwijzingen voor de regelgeving bestaan uit een Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, voor het laatst gewijzigd in 2005 (7e wijziging, *Scrt.* 2005, 87). Het is een belangrijk naslagwerk voor de wetgevingsjurist. Bij het redigeren van algemeen verbindende teksten is afwijking van deze aanwijzingen slechts toegestaan, indien onverkorte toepassing daarvan uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden. Zie [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/circulaires/1992/11/18/aanwijzingen-voor-de-regelgeving.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/circulaires/1992/11/18/aanwijzingen-voor-de-regelgeving.html).

53 A.w. (zie noot 15) p. 142-150.

54 De Academie voor Wetgeving beperkt zich tot het bevorderen van de kwaliteit van wetgeving binnen de (Rijks)overheid. Zie [www.academievoorwetgeving.nl/](http://www.academievoorwetgeving.nl/).

55 B. Baarsma e.a., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten* (SEO-rapport nr. 664), Amsterdam: SEO 2003. Zie [www.seo.nl/pagina/article/zelf-doen-inventarisatie-van-de-zelfreguleringsinstrumenten/](http://www.seo.nl/pagina/article/zelf-doen-inventarisatie-van-de-zelfreguleringsinstrumenten/).

56 Inmiddels: de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg.

57 De gedragsregels voor artsen; de beroepscode voor psychologen; de code voor verpleegkundigen en ziekenverzorgenden; de code voor de maatschappelijk werker en de gedragsregels voor fysiotherapeuten.

croes als nieuw paradigma zou dit meer in het centrum van de aandacht plaatsen.

### 10. Beter onderwijs

Ook in het onderwijs doen paradigma's er bepaald toe. Vranken wees reeds op de noodzaak voor het onderwijs van gestructureerd nadenken over de vele vragen waar maatschappelijke regulering ons voor stelt.<sup>58</sup> In lijn met hetgeen ik hier heb aangevoerd meen ik dat wij onze studenten daarvoor ook een passend denkraam moeten aanreiken. Het oude schema wetgeving-rechtspraak voldoet daarvoor niet. Dat schema en de *trias politica* zijn uiteraard van groot belang om hen in te wijden in de rechtsgeleerde denktraditie. Maar om opgewassen te zijn tegen de uitdagingen van hun tijd hebben onze studenten een nieuw paradigma nodig van de herkomst van rechtsnormen. Een paradigma waarin de pluraliteit van normenvormers tot uitdrukking komt. Mijn voorstel is dat van de grote juridische smeltkroes.

<sup>58</sup> Tijdens zijn interventie op de NJV-vergadering over alternatieve regelgeving, zie Verslag van de op 8 juni 2007 te Haarlem gehouden algemene vergadering over Alternatieve regelgeving, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 137e jaargang/2007-II, Deventer: Kluwer 2007, p. 66.